

著作権の集中管理団体の現代的意義と競争政策

—— Google Books事件を素材に ——

泉 克 幸

1 はじめに

著作権の集中管理団体⁽¹⁾が引き起こす競争政策上の問題は、特に米国においては、音楽著作権管理団体である ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers) や BMI (Broadcast Music, Inc.) に対する一連の訴訟を代表として古くから認識されている⁽²⁾。これに対し、わが国の場合、長らく「著作権に関する仲介業務に関する法律」(以下、「仲介業務法」)が存在し、文化庁の厳格な規制あるいは指導が行われていたこともあって、著作権の集中管理団体が競争法あるいは競争政策との関係で具体的かつ重大な問題に発展するケースはほとんどなかった。しかしながら、仲介業務法が廃止され、著作権等管理事業法(2001年10月1日施行)へと移行した現在にあっては、当然に、複数の著作権管理団体による競争が生じ得る状況となっており⁽³⁾、事実、わが国の代表的な著作権管理団体の1つである

(1) 本稿において「著作権の集中管理団体」という場合の著作権には、著作者に与えられる著作財産権のみならず、実演家やレコード製作者、放送事業者等に認められる独占権・排他権としての著作隣接権、および私的録音録画補償金請求権や商業用レコードの二次使用料請求権などの報酬請求権をも含んでいる。

(2) ASCAPやBMIを巡る判例の流れについては、根岸哲「独禁法上における音楽著作権団体の法的地位——米国およびECの展開」今村成和教授退官記念論集『公法と経済法の諸問題確(下)』363頁(有斐閣、1982年)、池端亨一「ASCAPとアメリカ独占禁止法」著作権研究12号93頁(1984年)、泉克幸「著作権の集中管理と独占禁止法」商大論集45巻4号1103頁(1994年)など参照。

(3) 仲介業務法から著作権等管理事業法へと移行したことに伴い、当該事業への参入については許可制から登録制へと、また、使用料の設定も認可制から届出制へと変更された。

JASRAC（社団法人日本音楽著作権協会）が公正取引委員会から、放送等の使用料算定において用いている包括徴収方法を問題とされ排除措置命令を受ける事態も生じている⁽⁴⁾。

ところで、昨今のデジタル化・ネットワーク化の急速な進展は著作権制度に大きな影響を与えている。こうした認識は、たとえば、本年（2011年）1月に公表された著作権分科会の報告書においても明確に示されている⁽⁵⁾。同報告書は、著作権分科会の下に設けられた3つの小委員会（基本問題小委員会、法制問題小委員会、国際小委員会）における検討結果をとりまとめるという体裁のものであるが、そのうち基本問題小委員会は様々な論点について有識者からのヒアリング等を通じて検討を行った上で、デジタル・ネットワーク社会に対応した著作権システムを構築するに際しての課題の1つとして「権利の集中処理の推進」を取り上げている⁽⁶⁾。デジタル化、ネットワーク化の進展とともに、大量の著作物が多種多様な形で利用される機会が増大し、それと共に、必要となる権利処理の数も飛躍的に増加していることが背景になっているのであろう。権利の集中処理は著作者等の権利保護を確実なものとし、コンテンツ事業者や配信事業者といった一次的な利用者の経済的利得の機会を増大させ、さらには、最終的な利用者（多くは国民一人ひとり）の満足度を高めることに繋がるという点では優れたといったシステムであり、

(4) 公取委排除措置命令平成21年2月27日審決集55巻712頁〔JASRAC事件〕。なお、本件は審判が開始されている。

(5) 「文化審議会著作権分科会報告書」（平成23年1月）。同報告書は「はじめに」の中で、「我が国は、知的財産基本法に基づき、『知的財産立国』の実現に向けた様々な施策を進めている。こうした中で、文化審議会著作権分科会においても、急速なデジタル・ネットワーク社会の進展等に対応するため、著作権に関する様々な課題について、時宜を逃さず検討を行ってきたところであり…」と述べている。

(6) 著作権分科会報告書・前掲注(5)18頁。報告書は次のように述べる。「権利の集中処理については、近年、CDC〔筆者注：一般社団法人著作権情報集中処理機構〕や、一般社団法人映像コンテンツ権利処理機構（a R m a）の設立に見られるように、民間での取組が進んでおり、こうした取組を検証する必要があるが、今後は、これらの取組以外の分野における権利処理の集中管理の在り方について、制度面での対応を含め、検討をしていくことが考えられる。」

文化の発展に寄与するという意味で著作権法の目的にも叶うものと評価できよう。しかしながら、他方では、権利の集中処理機関のあり方、あるいは推進される権利の集中処理スキームにおいて、関連する市場での競争上の弊害や利用者の利益を損なうという問題が生じる可能性も看過することはできない⁽⁷⁾⁽⁸⁾。

周知のとおり、ネットワーク産業あるいはIT産業において、現在最も成功している代表的企業の1つ、Google Inc.（以下、「グーグル」）が開始した書籍の全文検索サービス、「Google Books」（以下、「グーグルブックス」）が著作権法上大きな問題となっている。同サービスに対しては全米作家組合（Authors Guild）が2005年に著作権侵害に当たるとして訴訟を提起し、その後、大手出版社が同様に起こした訴訟と併合されたものの、現在、なお結論

-
- (7) 権利の集中処理機関とは、一般的には著作権等のライセンス許諾等の業務を一括して行う組織を指す。その意味では権利の集中管理団体と同義ということになる。しかしながら、たとえばCDC（前掲注(6)参照）であれば、「著作物等の利用者及び権利者との連携の下に、著作物等の利用状況及び権利関係に関する情報を収集し、独自に開発したコンピュータシステムにより整理・集約したうえで、その結果を関係者に提供すること」が事業の内容であり、権利の管理あるいは利用許諾等の業務は行っていないようである（同機構HP参照）。それゆえ、基本問題小委員会あるいは著作権分科会報告書が念頭に置く権利の集中処理機関と権利の集中管理団体とは役割または次元が異なるものであるかもしれない。しかしながら、両者とも多種多様な著作権の権利処理を迅速かつ公平に行うためのシステムあるいは制度であり、大量の著作権またはその関連情報を一括して集中的にコントロールするという同じ性格を有しているのであって、関連市場への影響という問題は共通であるように思われる（なお、本稿は既存の団体に対して個別的に評価を行うことを目的とするものではない）。
- (8) この問題は文化庁においても強く認識されており、委託事業「著作物等の流通促進に関する調査研究事業」として3年間に亘り継続されている。すでに21年度および22年度報告書が公表されており（三菱UFJリサーチ&コンサルティング「諸外国の著作権の集中管理と競争政策に関する調査研究」（平成22年3月）、同（平成23年3月））、文化庁のHPから入手できる。

を得るに至っていない⁽⁹⁾。同訴訟においては純粹の著作権法上の観点からのみならず、競争法（反トラスト法）上の懸念も問題となっている。同サービスは書籍情報に関するグーグルの一局管理あるいは独占的なコントロールという危険性を孕むものであり、関連する市場や取引に悪影響を及ぼしかねないからである。グーグルブックスは多くの書籍情報および著作権の管理・処理をグーグルが一括して行うという点で著作権の集中管理団体と類似の機能を果たすものであり、両者の競争政策上の問題点も共通する部分がある（特に、グーグルブックス実現のために設けられる「レジストリ（Registry）」は権利集中管理団体と類似または共通の性格を有している）。それゆえ、著作権の集中管理団体を競争政策の観点から議論する際には、グーグルブックス事件の検討・分析が役立つものと思われる。

そこで本稿では、デジタル社会あるいはネットワーク社会においてその意義が高まる著作権の集中管理団体について、その競争政策上の問題のポイントや解決の方向性などを明らかにするために、グーグルブックス事件を紹介し、若干の検討を試みることにする（したがって、本稿はグーグル事件そのものに評価を加えることを目的とするものではない）。

2 グーグルブックス事件の概要

後述するように、米政府はグーグルと作家および出版社との間で合意された2度の和解案それぞれに対して、反トラスト法上の懸念を示している。その懸念がどのようなものであるかを理解するために、まず、グーグル事件の経緯とグーグルブックスのサービス内容について概観しておく。

(9) グーグルブックス事件の経緯と解説については、松田政行＝増田雅史「Google Books 和解案の不承認決定に関する解説」NBL953号32頁（2011年）、骨董通り法律事務所「米国における著作権関連訴訟文書に係る法的論点整理及び分析等」調査報告書（平成22年3月1日）（http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/beikoku_bunseki_houkokusho_itaku.pdfより入手可能）など参照。

（１）グーグルブックス事件の経緯⁽¹⁰⁾

2004年、グーグルは複数の研究図書館⁽¹¹⁾との間で、それら図書館（「提携図書館」と呼ばれる）が所蔵する書籍等をデジタル複写することで合意した旨、発表した。それ以降、グーグルは1200万冊以上の図書をスキャンしてきた。そして、同社はデジタルコピーを提携図書館へ提供し、図書の電子データベースを作成し、さらには、図書の全文をオンライン検索可能なようにしている。グーグルのユーザーは同社の「デジタル図書館（digital library）」を検索して、デジタルコレクションに含まれる図書から「スニペット（snippets）」と呼ばれる抜粋を見ることができる。

グーグルブックス・プロジェクトの恩恵は大きい。たとえば、図書館、学校、研究者および障害者がずっと多くの図書にアクセスできるようになる。しかしながら、グーグルがスキャンした多くの図書は未だ著作権が生きており、にもかかわらず同社は許諾なくスキャンを行った。そのため、作家や出版社から著作権侵害を理由に、損害賠償および差止めを求めるクラスアクション（class action）⁽¹²⁾を提起されることとなった（以下、「本件訴訟」という）。これに対し、グーグルは米国著作権法107条が定めるフェアユース（fair use）を中心とする主張を行った。2008年10月28日、両当事者は長期にわた

(10) 以下の記述は、グーグルブックス事件における修正和解案（後掲注(16)）を認めなかった米国連邦地方裁判所の決定（後掲注(19)）の「事実および訴訟経緯（The Facts and Prior Proceedings）」に主として拠っている。

(11) ミシガン大学、スタンフォード大学、ハーバード大学、オックスフォード大学の各図書館、ニューヨーク公共図書館など。

(12) クラスアクションとは、「共通点を持つ一定の範囲の者を代表して、1人または複数の者が全員のために原告として訴えまたは被告として訴えられる訴訟形態をいう。『クラス』とは、このように当該訴訟に参加せずとも訴訟の効力が及ぶ範囲をいう。クラスアクション手続は大きく3つの類型に分かれるが、本件は、そのうちもっとも利用が多く、3類型の中で唯一、クラスアクションとするかどうかが訴訟当事者によって任意に選択される類型である『オプトアウト型クラスアクション』に当たる。同類型では、クラス構成員がクラスからオプトアウト（離脱）することによって、判決や和解の効力を避けることができる」（松田＝増田・前掲注(9)32頁）。

る議論の結果、和解案（以下、「旧和解案」）⁽¹³⁾を提出し、11月17日に裁判所はこれを仮承認した（preliminarily approved）。

この旧和解案は全世界に向けて通知されたところ⁽¹⁴⁾、数多くの反対が申し立てられ、米国政府（司法省）も、2009年9月18日、意見書（以下、「第一次意見書」⁽¹⁵⁾）を裁判所に提出した。その後、両当事者は反対意見の中で示されたいくつかの懸念を解消すべく、旧和解案について可能な修正につき議論を開始し、2009年11月13日、修正和解案⁽¹⁶⁾を裁判所に提出した。この修正和解案は同年11月19日に仮承認がなされた。

修正和解案も広く通知がなされたが、旧和解案と同じように、クラス構成員の多くから反対意見が出され、一方で賛成意見は少なかった。司法省も再

(13) Settlement Agreement, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136-JES (S.D.N.Y. Oct. 28, 2008), available at <http://www.googlebooksettlement.com/intl/en/Settlement-Agreement.pdf>. 旧和解案を詳細に解説するものとして、松田政行＝増田雅史「Google Book Searchクラスアクション和解の実務的検討（上）（下）」N B L 905号7頁、906号88頁（2009年）。

(14) 旧和解案においては、和解の効力を受けるクラスの範囲が、概ね、「2009年1月5日までに公表された書籍等について、米国著作権法上の著作権等の権利を保有しているすべての人物」と認証されたため、ベルヌ条約5条1項等の各種条約の効力により、グーグルブックス事件の影響は全世界（わが国を当然に含む）に及ぶこととなったのである（松田＝増田・前掲注(9)33頁）。しかしながら、この点は、後述する修正和解案（§1.19参照）では、「①2009年1月5日までに公表され米国著作権局に登録された書籍（登録要件）、または、②同日までにカナダ、イギリス、オーストラリアのいずれかの国において公表された書籍（出版地要件）について米国著作権法上の権利を保有する者に限定された」ため、「わが国のほとんどの著者および出版社等には、和解の効力は及ばないこととなった」（松田＝増田・前掲注(9)34頁）。

(15) Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Class Settlement, Authors Guild, Inc. v. Google Inc., No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f250100/250180.pdf>.

(16) Amended Settlement Agreement, Authors Guild, Inc. v. Google, Inc., No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Nov. 13, 2009), available at http://thepublicindex.org/docs/amended_settlement/amended_settlement.pdf. 修正和解案の作成の経緯とその内容については、松田政行＝増田雅史「Google Books問題の最新動向および新和解案に関する解説（上）（下）」N B L 918号38頁、921号50頁（2010年）参照。また、骨董通り法律事務所・前掲注(9)の別冊において本修正和解案の邦訳がなされており、http://www.bunka.go.jp/chosakuken/pdf/beikoku_bunseki_houkokusho_bessatsu.pdfから入手できる。本稿では修正和解案および旧和解案の日本語訳につき、同別冊を参考とした。

度意見書を提出し（以下、「第二次意見書」⁽¹⁷⁾）、改善はみられるものの、なお問題が残っているとして修正和解案に関する懸念を表明した。また、修正和解案を支持する法廷助言書と反対する法廷助言書の両方が提出され、裁判所による公聴会（fairness hearings）も2010年2月18日に開催された。

以上のような経緯を辿ったグーグルブックス事件の本件訴訟は、2011年3月22日、「修正和解案は公正、適切および合理的（fair, adequate, and reasonable）ではない」⁽¹⁸⁾と判断されることとなった（以下、「本件地裁決定」⁽¹⁹⁾）。本件地裁は修正和解案を認めなかったことの理由として、①クラス通知の適切性、②クラス代表者の適切性、③規則23条により救済される範囲、④著作権法上の問題、⑤反トラスト法上の問題、⑥プライバシーの問題、⑦国際法上の問題を指摘した。

（2）グーグルブックスのサービス内容

次に、グーグルブックスがいかなるものであるかということを明らかにするため、ユーザーに提供するサービス内容について概観する。なお、その際、修正和解案を基本とするが、適宜、旧和解案についても触れることとする。

グーグルは書籍を全文スキャンし、デジタルデータを得た後、これを用いて様々なサービスを提供することになる。その中心は「表示使用（Display Uses）」と呼ばれるものであり、①アクセス使用（Access Uses）、②プレビュー使用（Preview Uses）、③スニペット表示（Snippet Display）、④冒頭表示（Front Matter Display）の4形態より成る。グーグルブックスの対象とな

(17) Statement of Interest of the United States of America Regarding Proposed Amended Settlement Agreement, Authors Guild, Inc. v. Google Inc., Case No. 05-CV-8136-DC (S.D.N.Y. Sept. 18, 2009), available at <http://www.justice.gov/atr/cases/f255000/255012.htm>.

(18) 本件訴訟の和解は連邦民事訴訟規則（Federal Rules of Civil Procedure）第23条（以下、単に「規則23条」ともいう）に基づくものであるが、同条(e)(2)は、「公聴会を経た後であり、かつ、和解内容が公正、合理的および適切（fair, reasonable and adequate）であると判断した場合にのみ裁判所は当該和解を承認することができる」と定める。

(19) Authors Guild v. Google, Inc., 770 F.Supp.2d 666 (S.D.N.Y., March 22, 2011).

り得る書籍は市販されているか、市販されていないかでまず二分される²⁰⁾。市販されていない書籍は原則として「表示書籍 (Display Book)」に分類される (修正和解案 § 3.2(b))。表示書籍に分類されるとグーグルによる利用を許すこととなるため、それを望まない権利者はその旨の意思を表明する必要がある (オプトアウト方式)。

上記4形態のうち第1のアクセス使用とは、米国著作権法上保護されているマテリアル (書籍等) をユーザーに対して表示することをいい、「機関購読 (Institutional Subscriptions)」、「消費者購読 (Consumer Purchase)」、「パブリック・アクセス・サービス (Public Access Service)」の3つの具体的な使用態様がグーグルに認められる (同 § 1.1)。まず、機関購読とは、グーグルが機関 (図書館、会社等) に対し有料で提供する期間限定のサービスであって、データベースの全内容をオンラインでアクセスおよび閲覧することを許可するものをいい、書籍の一部をコピー&ペーストおよび印刷することも可能となるものである (同 § 1.77、§ 4.1)。消費者購読とは、購入者による書籍のページの閲覧、コピー&ペーストおよび印刷を可能化するものである (同 § 4.2)。また、パブリック・アクセス・サービスとは、グーグルにより公共図書館および非営利高等教育機関に対して提供されるサービスであって、ユーザーがデータベースの全部を検索および閲覧することを許可し、表示書籍を料金徴収の上、印刷することも可能とするものである (同 § 1.117、§ 4.8(a)(ii))。レジストリ (後述) とグーグルはコピー・ショップおよびその他の団体に対し、料金を徴収した上で、商業的なパブリック・アクセス・サービスを利用可能にする旨を合意することができる (同 § 4.8(b))。

2番目のプレビュー使用とは、ユーザーが書籍の購入の決定をするために、グーグルがその一部を表示するものである (同 § 4.3(a)参照)。表示できるの

²⁰⁾ 旧和解案では市販されているか否かの区別が「権利者が米国内で販売しているか」を基準になされていたため (旧和解案 § 1.28)、米国以外の外国でのみ流通している書籍 (わが国の大部分の書籍が該当する) については表示書籍と分類され、グーグルによる利用が原則として認められてしまうという問題があった。

は総ページ数の20%が上限であり、連続して5頁までといった制約がある（同 § 4.3(b)(i)(1)）。また、権利者あるいはレジストリの承諾がなければコピー＆ペーストや印刷はできない（同 § 4.3(b)(i)(3)）。

3番目のスニペット表示は、ユーザーに対して最大3か所の抜粋（各抜粋は概ね3行～4行のテキスト）を表示するという使用形態である（同 § 1.147）。また、最後の冒頭表示とは、ユーザーに対して、書籍の表題ページ、著作権表示ページ、目次などを表示することである（同 § 1.61）。

（3）レジストリの役割

グーグルブックスの運営においては、新たに設立される「レジストリ（Registry）」が重要な役割を果たすことになる。レジストリの基本的な権能、機能あるいは特徴としては、①権利者を代理する権限が授与されている、②書籍、その作家および出版社に関する権利情報データベースを保有している、③書籍の権利者の所在を確認するよう合理的な努力を行う、④権利者を代表して、グーグルからの支払を受領し、その支払額を作家および出版社に分配する、⑤権利者との間における紛争の解決を支援すること、などがある（修正和解案 § 6.1参照）。レジストリは非営利団体として組織・運営され（同 § 6.2(a)）、その理事は作家および出版社の代表者によって構成される（同 § 6.2(b)(ii)）。レジストリの設立および運営に必要な資金はグーグルが拠出する（同 § 6.4(a)）。グーグルはサービスによって得た利益のうち、標準で63%をレジストリに支払い、レジストリはこれを各権利者に分配する（同 § 2.1(a)）。

このように、レジストリは、一方で作家および出版社から書籍に関する権利の行使をする権限を授権され、他方で書籍に関する様々な使用態様につきグーグルに許諾して使用料を徴収し、権利者にこれを分配するのであって、その性格は権利の集中管理団体そのものであることが分かる。

3 グーグルブックスと反トラスト法

旧和解案、修正和解案それぞれに対して政府（司法省）が提出した第一次意見書および第二次意見書は、いずれも規則23条の観点と反トラスト法の観点の2方面からなされている。以下では本稿の関心に従い後者のみを取り上げ、司法省が示したグーグルブックスが有する反トラスト法上の懸念について明らかにする。なお、第一次意見書は、司法省の見解として旧和解案には2つの重大な問題があると述べる。第1のものは、集団行為を通じて作家および書籍出版社は価格競争を制限することができるというものであり、2つ目は、旧和解案の結果、他のデジタル配信業者がデジタルライブラリ製品や将来の他の派生的製品の販売におけるグーグルとの競争から事実上排除される可能性があるという問題である。前者は、作家と出版社同士の水平的協定（カルテル）という問題、後者はデジタル配信市場における競争排除（市場閉鎖）の問題と言い換えることができる。こうした捉え方は第二次意見書でも踏襲されている⁽²¹⁾。以下、本稿でもこの区分に従い、それぞれ司法省の考え方を詳しくみることとする。

（1）作家および出版社同士の水平的協定

第一次意見書は、旧和解案が少なくとも3つの点で作家および出版社同士の価格競争を制限しているように見えるとして、①卸売段階において、全作品に対して適用可能な業界全体に及ぶ収入分配方式を作り出している点、②小売段階において、グーグルによって標準価格（default price）が設定され値引きが実質的に禁止される点、③著作権者の判明している書籍について権利を有する作家と出版社が、そうした書籍と競争関係に立つ著作権者の判明していない孤児作品（orphan books, orphan works）⁽²²⁾の価格をコントロー

(21) 両意見書に対し、本件地裁決定・前掲注(19)はグーグルが事実上の独占的地位を獲得することに懸念を示し、後者の点を中心に議論を展開している（*Authors Guild*, 770 F. Supp.2d at 682-683）。

(22) 孤児作品とは、一般に著作権者不明の作品を指す。

ルするという点、を指摘する。以下、本稿ではこれら3つの指摘を取り上げるが、その前に、当事者からの反対主張とこれに対する司法省の見解について触れておく。この当事者と司法省との議論については、ASCAPやBMIなど音楽著作権管理団体との関係で論じられている点で、本稿のテーマにとって重要であるからである。

原告の第一の反論は、「旧和解案の価格条項は、シャーマン法1条に基づき訴追可能な作家および出版社による水平的な集団行為の一形態とみなされるべきではなく、グーグルから各権利者に対して行われる一定条件での契約の一方的申込に過ぎない」というものである。この反論に対し、意見書は「互いに競争関係にあるクラス代表者が、全権利者を代表して当該価格条件について集団的に交渉したのである。個々の作家や出版社の中には当該条件からオプトアウトした者がいるとしても、競争者による集団的行為の産物であることに変わりない」と述べている（第一次意見書18頁）。

次に、和解当事者は、旧和解案はBMI事件²³で問題となった共同事業と同様のものと考えられるべきであると主張していた。意見書は、同事件において連邦最高裁が音楽演奏権団体であるASCAPおよびBMIが発行し価格設定を行う当該ブランケットライセンス（一括ライセンス）はシャーマン法1条について原則違法とはならないと判示したことは認めているが、その事情として以下の4点を指摘した。①当該ブランケットライセンスは作曲家自身が販売できるいかなる製品とも全く異なる統合された製品について許諾を与えるものである、②当該ブランケットライセンスは取引費用(transaction cost)を実質的に低減させること、③作詞・作曲家の楽曲の利用に対して利用料が支払われるべきとするなら、当該ブランケットライセンスは現実に必要なものであること、④ASCAPおよびBMIは司法省との同意判決に従い、既に事業を行っていたこと（同）。

意見書は、本件和解はこれらの点でBMI事件とは事情が全く異なるとの

²³ Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcast. System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

見解を示す。すなわち、「どのような新規の統合製品をグーグルは提供するかということとは全く無関係に、本和解案によって獲得する権利を利用して、グーグルは共同販売代理人としても行動し、個々の権利者の書籍を個人向けの販売に供するのである。BMI 事件判決22頁（個別にライセンスされる楽曲とは明確に区別されるブランクットライセンスのみ容認している）を参照せよ。また、和解案に含まれる収入分配条項は、作家と出版社がグーグルとの二者間での交渉を通じて卸売段階で競争するインセンティブを損なうものである。他方で、ASCAPおよびBMIは権利者との間で個別に二者間契約について常に交渉をしており、ブランクットライセンスからの収入の分配に関して権利者間の競争が留保されている（このことは、（パートナープログラムを通じて）グーグルとアマゾンドットコムやソニー等のライバル会社が、多くの出版社との間で競争関係にあったことと同様である）。さらに、放送電波上で、自らの楽曲が瞬時的に（fleeting）利用されることを見つけるためにASCAPやBMIといった団体を必要とする音楽著作権者とは異なり（BMI 事件判決19頁参照）、書籍の作家や出版社は集団的に交渉するという価格メカニズムがなければ、自らの作品の利用に対して利用料を得る現実的な手段を有していないということを証明していない。最後に、ASCAPともBMIとも異なり（BMI 事件判決10-15頁、24頁参照）、司法省との同意判決によって市場支配力を抑制される関係者はいない（同同意判決は、特に、ライセンス価格の設定を裁判所に請求することをライセンシーに認めている）」と述べる（同19-20頁）。そして、旧和解案に修正が施されなければ、司法省は本和解案は反トラスト法違反に当たると判断する可能性が非常に高いとしている（同20頁）。

（i）卸売条件に関する集団的合意

第一次意見書は、現在であれば出版社はグーグルを含む卸売業者に対して紙媒体の書籍やデジタルブックを販売する条件について競争しているもの

の、旧和解案が示す価格条件は競争を制限するように見えると述べる。旧和解案 § 2.1(a)によれば、和解当事者らは使用料率をグーグルが得る総収入の63%に固定しているが、意見書はこの条件は価格の下限として機能し、個々の作家や出版社が割引することや購入者（消費者）にとってより好ましい条件を申し出るというインセンティブを低下させることになると評価しており、それゆえ、作家および出版社が本和解案の条件に基づかず、個別に交渉できるということは、反トラストの目的に照らせば重要ではないと述べる（第一次意見書19-20頁）。

次に、デジタルブックに関し、活気ある市場を創出するにはこの種の業界全体にわたる価格メカニズムが必要だという当事者らの主張については、現実と一致していないとの認識を意見書は示している。何百万のデジタルブックがすでに購入可能であるし、その中においては絶版の書籍も増えており、こうしたことは卸売業者と個々の権利者との2者間による交渉の結果達成されているからである（同20頁）。また、グーグルと出版社間の取引費用を減少させるという論理に基づいても、画一的な使用料率を正当化することは困難であると意見書は述べる（同20頁）。

旧和解案、修正和解案を通じて、グーグルは収入の63%をレジストリに支払うが、これに関し、旧和解案では権利者のみが価格の交渉を行う権限を有することになっていたところ、作家および出版社全体の交渉力を持った代表が交渉した価格とは別の価格を、大部分の権利者は選択しないであろうという問題があった（第二次意見書17頁注13参照）。修正和解案は、63%という卸売段階での収入配分についての交渉権限をグーグルにも認め、かつ、交渉が不調に終わった場合には権利者の書籍を除外する権限をグーグルに与えた（修正和解案 § 4.5(a)(iii)参照）。第二次意見書は、この修正は、権利者集団とグーグル間の卸売収入配分に関して認められる問題のある水平性の影響を弱めるような積極的評価のできる前進ではあるが、以下の重要な2つの面で効果が限定されるので、さらなる修正が必要であると述べている。

第一に、グーグルが価格について再交渉できるのが「市販されている (Commercially Available)」作品に限定されていることである。それゆえ、作家および出版社は市販されていない作品については価格競争を回避する水平的合意を行うことができる点である (第二次意見書17頁)²⁴⁾。第二に、修正和解案 § 4.5(a)(iii) は作品の価格についてグーグルが再交渉する権限を有していることを定めるが、反トラスト法の観点からは、価格と品質は同じコインの表と裏なのであって、同条項から非価格条件を除外することで、権利者は品質 (本件の場合であれば、たとえばデジタル著作権管理や利用制限など) について互いに競争をしないという集团的合意を行っている点を指摘している (同19頁)。

(ii) 小売価格の競争制限

旧和解案によれば、書籍の権利者は消費者購読についてその価格を決定することになるが、その際、「指定価格 (Specified Price)」(権利者自身が希望する金額を指定するもの) と「和解管理価格 (Settlement Controlled Price)」(権利者は自身の書籍についての価格をグーグルが決定することを許可するもの。グーグルは一定の計算方法 (「価格アルゴリズム」) を用い、権利者の収入が最大化する最適価格を見つける) のいずれかを選択することができる (旧和解案 § 4.2(b)(i))。このうち、後者の和解管理価格に関し、グーグルは価格アルゴリズムを開発し、当該価格アルゴリズムの合理性を確保するために販売データを分析するものとされている (同 § 4.2(c)(ii))。和解管理価格で販売される書籍については、グーグルとレジストリが合意した事前固定価格 (pre-defined prices) のセット (「プライシング・ビン (Pricing Bins)」と呼ばれる) が用いられ、各書籍は、係る価格のいずれかに値付け

²⁴⁾ 意見書では、修正和解案において「市販されている」の定義が驚くほど狭く (たとえば、新品販売されていることが求められている。修正和解案 § 1.31 参照)、また、紙媒体での書籍が前提であり (同 § 1.19 参照)、電子ブックに対する配慮がないという不都合について指摘する (第二次意見書17頁注14)。

されることになる（同 § 4.2(c)(i)）。

第一次意見書は、旧和解案における上記のような内容に着目し、和解によって規律される個々の書籍の標準小売価格を設定するために価格アルゴリズムの開発を旧和解案はグーグルに命じていると評価し、このことは問題であるとして、従来、裁判所が価格設定メカニズムを共同して設立することに対しては、原則違法として繰り返し拒絶してきたこと、また、競合製品の価格を設定するために競争者間で合意した定式を使用するのは原則違法であると裁判所は判断してきたこと、を強調する（第一次意見書21頁）。

また、第一次意見書は、旧和解案がレジストリの許諾および権利者への通知がない場合にはグーグルが権利者の定価（List Price）の割引を制限していること²⁵も指摘する。意見書は、こうした条件ではグーグルが割引価格を提示し権利者のために十分な利益を上げようとする（他の小売業者であれば可能であるが）の意欲を失わせてしまうし、また、許容される割引が40%に制限されていることも問題であるとする（同）。そして、事実は異なるとはしながらも、いくつかの判決例を引き、「割引に関するそのような集団的制限行為はシャーマン法1条の下、原則違法であると判断されてきている」と述べている（同21-22頁）。

修正和解案では上述した割引の40%の制限が削除されるなどの改善がみられた（修正和解案 § 4.5(b)(ii)）。しかしながら、第二次意見書においても、政府は、「作家および出版社同士は水平的合意を行い、そうした方法でグーグルに自分たちの作品の価格付けを行わせていること」に懸念を表明し、「競争者が共通の代理人に自分たちの全商品の価格決定権を委任する旨を相互に合意することは違法である」との考え方を示した（第二次意見書19頁）。そして、旧和解案に比べて改善は認められるが、修正和解案においても「作家

²⁵ 旧和解案 § 4.5(b)(ii)は、「レジストリは、40%を上限に書籍を定価から割引価格で消費者購買により販売することをグーグルに対し、許諾することができる。ただし、かかる割引が当該書籍の権利者に通知され、当該権利者に当該割引を承認しない機会が与えられることを条件とする」と規定する。

および出版社は、レジストリを通じて、作品の割引に共同して資金を出すというグーグルおよび個々の権利者の合意を阻害する門番として集団的に行動する能力を保持している」と評価している（同20頁）²⁶⁾。

（iii）孤児作品の販売条件

第一次意見書は、孤児作品の販売に関しても、「旧和解案はレジストリが主導する交渉メカニズムを通して、権利者が判明している作品と競合する可能性のある孤児作品の将来的な価格設定をコントロールする力を出版社に与えることにより、価格競争を制限しているように見える」と述べ、以下のような見解を示す。「レジストリは大商業出版社によって事実上支配される。それゆえ、孤児作品の価格設定をレジストリに認めることは権利者が判明している作品の権利者に対し、競合する書籍（すなわち権利者が判明していない書籍）の販売価格を決定することを可能にする。権利者が判明している書籍の権利者は、孤児作品が効果的な競争に供されないことを確実にするあらゆるインセンティブを有しているように思える」（第一次意見書22頁）。これは、出版社が孤児作品について高い価格を設定することで、自らが権利を有する書籍との競争を回避する強い動機を有している点を問題視していると考えられる。

旧和解案では、権利者がレジストリに登録しない場合、当該作品から得られる利益はまずレジストリの運営費に充てられ、続いて登録した権利者へと分配されることとなっていたため（旧和解案 § 6.3、添付書類 C § 1.1(e)、§ 2.3）、絶版である孤児作品の権利者の立場が登録権利者に比べ不利だという問題があった。修正和解案では、修正和解案に基づく未請求の書籍の利用に関して「未請求作品受託者（Unclaimed Works Fiduciary）」が設けられ、

²⁶⁾ 具体的には、修正和解案 § 4.5(b)(ii) 指摘していることからして、消費者購読の価格に対する割引が、権利者に通知され、許諾がなければ行なうことができない点を指していると思われる。

出版済みの作家でも出版社でもない個人または団体がその地位に就くことが規定された（修正和解案 § 6.2(b)(iii) 参照）。第二次意見書は、こうした修正は正しい方向に向かう意味ある動きだとしつつも、懸念はなお残るとする。その例として意見書は、レジストリの理事会に従属する受託者の独立性は、依然、明確ではないと述べる（第二次意見書20頁）。そして、和解当事者は不在の権利者の利益を守るのに必要となる多くの権限を受託者には与えていないとして、その具体的な権限として、63対37の収入配分を再交渉する権限（修正和解案 § 4.5(a)(iii)）、作品の価格を設定する権限（同 § 4.2(b)(i)(1)）、表示書籍を非表示書籍に変更する権限（同 § 3.2(e)(i)）を指摘している（第二次意見書20頁）。

（2）デジタル配信市場における競争排除

第一次意見書は、旧和解案が有する反トラスト法上の問題として、孤児作品のデジタル配信に関し、グーグルが事実上独占的地位を獲得し、競合事業者を排除してしまうおそれについても問題視している。意見書は以下のような見解を示す。

旧和解案はデジタルブックの新しい商業的利用について全クラスの代表としてグーグルと交渉するためにレジストリを指定しており⁽²⁷⁾、グーグルはそうした新しい利用から生じるあらゆる著作権責任から免除される（旧和解案 § 10.1(f)、§ 10.2(b) 参照）。旧和解案によれば、レジストリはこれらの作品について第三者へライセンスすることが禁じられているわけではないものの、「法が認める範囲内において（to the extent permitted by law）」という限定付きである（同 § 6.2(b)）。当事者は、著作権者の同意がなければ著作権のある書籍をライセンスする権限と能力をレジストリは欠いているとの意

(27) 旧和解案 § 4.7は、当初グーグルに認められる機関購読や消費者購読等の収入モデルに加え、「新規の収入モデル（New Revenue Models）」についてグーグルとレジストリが合意することができる旨を定め、具体的なモデルが列挙するが、それは限定列挙ではない。

見を、政府に対して表明している。そして、そうした同意は孤児作品の著作権者からは得られないのである。当事者の意見が正しいとするならば、本和解案が承認された場合にグーグルが提供できる書籍一式に匹敵するようなものを公衆に提供することを可能とするライセンスを、レジストリが競争事業者に対して与える能力を有さないことになる。また、グーグルの競争事業者が、グーグルと同等の権利を独力で獲得できるということもあり得ない。彼らは、本和解案を通じてグーグルが乗り越えようとしているのと同じ問題——すなわち、何百万もの判明していない権利者一人ひとりを特定して交渉するという問題——に直面することになる。さらに、本和解案に含まれる「最恵国待遇 (most favored nation)」条項 (同 § 3.8(a))²⁸⁾に従えば、潜在的競争事業者 (権利者が支援する者を含む) はグーグルより有利な条件を獲得できないという理由から、グーグルに続いてデジタルブックの販売に踏み切る意欲を失ってしまう (以上、第一次意見書23-24頁)。

意見書は、「上記のような (少なくとも孤児作品に関する) 事実上の独占性は、図書館や研究機関に対して包括的なデジタルブックの購読を売り込む能力をグーグルのみが有することになるという危険性を生ずる。不完全な (すなわち、何百万という孤児作品を含んでいない) データベースの売手は、包括的な商品の売手とは効果的に競争できない」と評価した上で、「新規参入者の排除はシャーマン法が対処しようとする競争上の影響そのものである」と述べる (同24頁)。また、旧和解案に修正を加えることで、グーグルとの競合企業が孤児作品への包括的なアクセスが可能となるメカニズムを設定できるのであれば、前記のような市場閉鎖の危険性は解消される可能性について言及するものの、そうした修正条項の分析には規則23条の制限を考慮に入れなければならない、他方で、そうした規則23条の制限は反トラスト分析に重要な影響を及ぼす旨の考えを示す (同25頁)。

(28) 同規定は、レジストリが第三者に対してグーグルよりも有利な条件でライセンスを許諾した場合には、グーグルにも同じ条件が適用される旨、定める。

修正和解案では問題が指摘されていた最恵国条項が削除された。しかしながら、第二次意見書では、以下のような観点からして、グーグルの事実上の独占性について、なお懸念を表明している（第二次意見書21-23頁）。まず、グーグルは修正和解案が認められると、これまでの分と合わせて数千万もの書籍をスキャンすることになるのに対し、一番の競争者であるアマゾンでも300万程度であり、その差は歴然である。競争者もグーグルのようにクラスアクションに期待して許諾なくスキャンをすればよいとの提案は公の秩序としては不適切であり、反トラスト法が競争事業者に求めるところのものでもない。また、修正和解案が認められると、グーグルが既に検索サービスの市場での有力事業者としての地位が、さらに強固なものとなる。

4 総括

これまで、グーグルブックスに対して米国司法省から提出された2つの意見書の内容をみてきた。最後に、著作権の権利集中団体を競争政策から規律する際の重要なポイントを含んでいると思われる点をいくつか摘示した上で、そこから示唆を得ることとする。

まず、司法省はグーグルブックスが権利者による共同行為、すなわちカルテルとしての性格を有する点を問題視する。この点について司法省は、反トラスト法の観点からも事業が許容されている既存の著作権管理団体ASCAPおよびBMI（以下、「ASCAP等」という）の事業とグーグルブックスとの相違点として、次の5点を指摘する。第1に、著作物の利用料の決定について、ASCAP等は権利者に対して一方的に申込を行っているのに対し、グーグルブックスでは権利者が共同決定していることに言及する。個人の著作権者一人ひとりが「事業者」であり、また同業者が「競争業者」であるとの位置づけを前提とするものであるが、こうした認識が高いとは思われないわが国では注意を要するであろう。第2に、ASCAP等が利用者に提供

するブランケットライセンスは個々の権利者が提供する個別のライセンスとは異なる別の、あるいは新しい商品であることを重視している。このように、市場に従来存在しなかった新規商品を生み出す効果を有する場合には、権利者間の集団行為が許容され得る方向で考慮がなされることになる。

第3、第4の点として司法省はブランケットライセンスが有する取引費用および著作物の無断利用に係る監視費用の低減効果について触れる。司法省はASCAP等が有するこれらのメリットは承知しつつも、グーグルブックスの場合は和解案の内容、著作物のカテゴリーや利用の実態などの点で事情が異なるとする。このことは、著作権の管理団体には一般的には取引費用および監視費用の低減といった競争促進的な効果を認めることができるものの、最終的には当該スキームのあり方、著作物のカテゴリー、利用の実態といった要因を考慮した上で、競争に与える影響をケースバイケースで判断することを示している。

第5に、ASCAP等の事例では司法省との同意判決による規制が存在し⁽²⁹⁾、特に、団体と利用者との間で使用料について合意に至らない場合、料金裁判所(rate court)による決定手続が準備されていることを司法省は指摘する。集団行為による価格決定に対しては、第三者機関が介入することで反競争効果を低減させることの可能性および必要性を示したものとえよう。

次に、司法省はグーグルブックスが書籍のデジタル配信市場において事実上の独占の地位をグーグルに与えることの懸念を示している。これについては、たとえレジストリがグーグル以外の事業者に対しても管理する権利を許諾することが認められるスキームであったとしても、言い換えれば、レジストリを通じての権利者のグーグルに対する許諾が独占的・排他的なものでな

(29) ASCAPおよびBMIに対する同意判決に至る経緯とその内容については、前掲注(2)に挙げた各論文参照。また、ASCAPに対する同意判決は2000年に修正されており、同修正判決については、泉克幸「著作権管理団体に対する競争政策的観点からの規律とASCAP第二次修整終局判決」公正取引631号21頁(2003年)を参照されたい。

くとも、競争法上の問題は発生するという意味で重要である。また、グーグルが競争事業者を積極的な意思をもって、あるいは明確に不当と思われる行為によって排除しなくとも、競争事業者が追従できない結果、現在グーグルが有する市場力が保持されてしまう場合には、当該スキームに対して競争政策上の問題があると評価され得るという点も重要であろう。

5 最後に

本稿は著作権の集中管理団体に関し、競争政策上の問題や競争政策の観点から規律する場合のポイントなどを明らかにする目的でグーグルブックス事件を素材に、司法省の見解を中心に提起してきたものである。したがって、司法省の見解そのものの是非や本件訴訟の妥当性について述べるものではない。事実、グーグルブックスは、競争促進的であると評価する考え方も多くみられるところである⁽³⁰⁾。そのような考え方に対する分析も含め、さらなる検討については今後の課題としたい。

〔付記〕

本稿は科研費補助金（基盤研究（C）23530125）による研究成果の一部である。

(30) 代表的なものとして、Einer Elhauge, *Why the Google Books Settlement is Procompetitive*, 2 J. Legal Analysis 1 (2010) (<http://ssrn.com/abstract=1459028>より入手可能) や Mark A. Lemley, *An Antitrust Assessment of the Google Book Search Settlement* (July 8, 2009) (<http://ssrn.com/abstract=1431555>より入手可能) など。